



**Universidad
Zaragoza**

Trabajo Fin de Máster

Dictamen elaborado por

Octavio Sesma del Val

Con objeto de

El estudio de un concurso de delitos de detención
ilegal, lesiones, injurias, amenazas y daños.

Dirigido por

Guillermo Vicente y Guerrero

Facultad de Derecho de Zaragoza

2019

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN	4
II. ANTECEDENTES DE HECHO	5
III. CUESTIONES JURÍDICAS PLANTEADAS	8
1. Calificación de los hechos	10
2. Los mensajes de WhatsApp como prueba en juicio	11
3. La dispensa del deber de declarar (Artículo 416 LECrim).....	11
IV. NORMATIVA APLICABLE	12
V. FUNDAMENTOS TEÓRICOS	13
1. Delito de detención ilegal del artículo 163. 1 y 2 del Código Penal	13
VI. FUDAMENTOS JURÍDICOS	15
1. Calificación de los hechos.	15
1.1 Delito de detención ilegal del artículo 163. 1 y 2 del Código Penal	15
1.2 Delito de lesiones de los artículos 147 y 148. 1ª del Código Penal	17
1.3 Delito de amenazas e injurias de los artículos 169. 2ª, 173. 4 del Código Penal	20
1.4 Delito de daños del artículo 263. 1 del Código Penal	20
2. Los mensajes de WhatsApp como prueba en juicio	21
2.1 Concepto, régimen jurídico y valoración	21
2.2 Las conversaciones aportadas en el caso de autos	23
3. La dispensa del deber de declarar (Artículo 416 LECrim).....	24
3.1 Concepto, régimen jurídico y estado de la cuestión.....	24
3.2 Desarrollo del derecho a la dispensa en este supuesto y crítica a la decisión adoptada	28
VII. CONCLUSIONES	30
VIII. BIBLIOGRAFÍA	32

LISTADO DE ABREVIATURAS

Art.: Artículo

CE: Constitución Española de 1978

cit.: citado

coord.: coordinador

CP: Código Penal español

D.: Don

Dña.: Doña

edic.: edición

LECrim: Ley de Enjuiciamiento Criminal

N.º: número

p. (pp.): página(s)

SAP.: Sentencia de la Audiencia Provincial

secc.: Sección

Sr.: Señor

Sra.: Señora

STS (SSTS): Sentencia(s) del Tribunal Supremo

I. INTRODUCCIÓN

El presente dictamen se emite en virtud del ejercicio del derecho de defensa, derecho que se va a ejercitar mediante el uso de argumentación jurídica, fáctica, doctrinal y jurisprudencial, en aras de cimentar una defensa solida contra los delitos de los que es acusado Don Apolo Costas Costas.

La estructura de este dictamen consta de dos bloques, el primero compuesto por los apartados: antecedentes de hecho y cuestiones jurídicas planteadas. En este bloque, se expondrán la totalidad de hechos que comprenden el supuesto, la calificación jurídica de la acusación pública y de la defensa, y una introducción -vía cuestiones jurídicas planteadas- a lo que será desarrollado en el apartado fundamentos jurídicos, con el fin de no sobrecargar este último epígrafe y ayudar a una mejor estructura y comprensión del dictamen.

Tras el acomodo de lo sucedido y los problemas derivados de ello, se plantea un segundo bloque que está integrado por los apartados: fundamentos teóricos y fundamentos jurídicos. El primer apartado, refiere a una breve pero necesaria reseña teórica acerca de uno de los delitos objeto de este dictamen. El segundo apartado, se centra en el desarrollo de las cuestiones jurídicas planteadas, desde una perspectiva práctica, teniendo siempre presente los intereses reales de mi mandante y aplicando legislación, jurisprudencia y doctrina actual.

Por último, se expondrá en el apartado conclusiones una sinopsis de lo dictaminado, señalando las ideas clave y determinantes, para finalmente emitir una calificación jurídica definitiva acerca de los delitos imputados a D. Apolo Costas Costas.

II. ANTECEDENTES DE HECHO

En primer lugar se debe advertir, que se han incluido hechos relatados en las distintas declaraciones de los participantes en el supuesto. Lo expuesto en este apartado son la totalidad de los hechos existentes en el sumario, por ello no todos se deben tener por ciertos, el motivo de la inclusión de todos ellos es para que en los apartados posteriores se puedan apreciar las diferencias argumentales entre las partes y las distintas calificaciones jurídicas.

PRIMERO.- D. Apolo Costas Costas, sin antecedentes penales, estuvo involucrado en los hechos ocurridos en el bar “El forajido del desierto” sito en la C/ Obispo Lucas Moré, N.º 46 de la ciudad de Zaragoza, durante la mañana del día 8 de mayo de 2016.

SEGUNDO.- El hoy acusado, acudió al establecimiento junto con la hermana de la víctima y otro amigo en la noche previa a la madrugada de autos. Estas personas se dedicaron a beber cerveza y aguardiente durante la noche, situación a la que por momentos se unió Dña. Atenea Ruiz Calvo. Tras ello, el grupo de amigos se marchó alrededor de las 3 de la mañana.

El investigado, Sr. Costas, alrededor de las 6:30 horas del día de autos, a demanda de Atenea, se personó en el bar mencionado con el fin de ir a buscar a la Sra. Ruiz Calvo.

En esos instantes, la Sra. Ruiz se encontraba recogiendo el establecimiento para su cierre en compañía de D. Julio Román Suarez, siendo este el compañero sentimental de la dueña del establecimiento, Dña. Artemisa Velázquez Boira, quien no se encontraba allí.

TERCERO.- El Sr. Costas accedió al establecimiento propinando insultos a la Sra. Ruiz del tipo “malparida, perra”, ante dicha situación el Sr. Román salió en defensa de Atenea recibiendo alguna agresión leve y cayendo al suelo, en el mismo instante en el que Apolo arrebató las llaves a Julio y cierra la puerta del establecimiento.

Acto seguido, el Sr. Román le pidió a Apolo que se calmara, lo que no hizo efecto y el Sr. Costas continuó agrediendo a la Sra. Ruiz cogiéndola por el cuello, y agrediendo de nuevo a Julio, seguidamente propinó amenazas hacia las dos víctimas diciendo “Te voy a matar -dirigido hacia Atenea-, te voy a matar a ti también Julio”.

Durante toda la mañana el Sr. Costas consume alcohol que le sirve la Sra. Ruiz Calvo, consistiendo en una botella de aguardiente y varias cervezas, lo que abonará Apolo alrededor de las 12 de la mañana.

CUARTO.- En un momento de la mañana Julio entró hacia la barra para alejarse del Sr. Costas, de este modo Apolo también entró a la barra cogiendo un botellín de cerveza y forcejeando con el Sr. Román, resultado de ello, Julio termino sangrando en su mano derecha. En este punto encontramos una gran discusión fáctica, pues se discute desde que el corte se produjera por un descuido en el forcejeo, hasta que se produjera por una agresión directa del Sr. Costas. Cabe destacar, que Julio reconoció en sus declaraciones que está seguro de que Apolo no rompió la botella para agredirle, ni se la lanzó, sino que cree que el corte se produjo en el forcejeo.

Ante la situación expuesta, Atenea auxilió a Julio con papel higiénico y servilletas, debido a esta situación Atenea y Julio pidieron a Apolo que les dejara salir, impidiéndoselo este a pesar de ver que Julio sangraba. Tras ello, Atenea en un momento de descuido, consiguió llamar a su madre, si bien no contestó a sus llamadas, dándose cuenta Apolo de que la Sra. Ruiz estaba realizando llamadas, le quitó de manera violenta el móvil tirándolo al suelo y rompiendo la pantalla de este.

Más tarde suena el teléfono de Julio, quitándole Apolo este, contestando e identificándose como Apolo. Tras ello, volvió a agredir a Atenea con patadas en las piernas y agarrándola del cuello llegando a empujarla contra la pared.

QUINTO.- Entretanto el investigado continuó con sus agresiones tanto a Atenea como a Julio. No les permitía si quiera ir al lavabo de uno en uno, obligándoles a ir en bloque. Además, Julio llegó a perder el conocimiento en varias ocasiones debido a que la situación se prolongó hasta las 13:00 horas.

Julio intento salir varias veces del bar impidiéndoselo Apolo, en alguna ocasión mediante gritos e intimidación y en otras mediante zarandeos y empujones.

SEXTO.- Ya avanzada la mañana llamaron a la puerta del bar, siendo la madre de Atenea. Su madre no pudo acceder al local, pero su hija al escucharla pidió socorro mientras Apolo la agarraba del cuello para que se callara. Este hecho no impidió que Atenea pidiera ayuda hasta caer agotada, por lo que ante el hecho incesante de la madre de Atenea intentado socorrer a su hija hizo que Apolo abriera la puerta.

Finalmente, tras abrir la puerta y permitir entrar a la madre de Atenea, Apolo se marchó del local rápidamente arrojando las llaves al suelo, la Sra. Ruiz al ver esto las cogió y cerró la puerta para protegerse y evitar que el Sr. Costas volviera a entrar.

SEPTIMO.- El local se encontraba cerrado cuando llegaron los efectivos policiales, que tuvieron que llamar a los bomberos, quienes forzaron la puerta para acceder al establecimiento, donde Julio y Atenea quedaron refugiados sin abrir para impedir una nueva posible situación violenta de parte de Apolo.

III. CUESTIONES JURÍDICAS PLANTEADAS

El presente dictamen se emite en defensa del investigado D. Apolo Costas Costas, este escrito tiene como finalidad la defensa del Sr. Costas en relación con los hechos acaecidos el día 8 de mayo de 2016, de los que presumiblemente se deberían derivar una serie de consecuencias jurídicas negativas, que sostienen la acusación particular -quien terminará retirándose- y el Ministerio Fiscal. No obstante, en defensa de D. Apolo Costas Costas y en firme oposición a lo vertido por el Ministerio Fiscal, esta parte arguye que de dichas actuaciones no podrán derivarse las consecuencias jurídicas que se le achacan.

En el desarrollo y elaboración de este dictamen ha sido necesario el estudio en profundidad tanto de la jurisprudencia actual sobre los delitos discutidos, como de la legislación material aplicable. Además, no es baladí el estudio en profundidad de los hechos vertidos y las pruebas testificales, ya que la suma de todo lo expuesto nos dará una visión que nada se corresponde a la aportada por la acusación pública.

El Ministerio Fiscal en su escrito de acusación calificó los hechos como constitutivos de un delito leve de injurias del artículo 173. 4 del CP, dos delitos de detención ilegal del artículo 163.1 CP, dos delitos de amenazas del artículo 169. 2º CP, un delito de lesiones del artículo 153. 1 CP, un delito de lesiones del artículo 147 y 148. 1º y un delito leve de daños del artículo 263. 1 párrafo segundo del CP. De este modo se señala en concepto de autor a D. Apolo Costas Costas, de acuerdo con el artículo 28 CP. Aclarando que se le acusa doblemente de tres delitos, de amenazas, detención ilegal y lesiones, por dirigirse estos delitos contra diferentes personas, y se hace distinción en el tipo penal de las lesiones debido a que unas de ellas son proferidas contra la que fue su pareja sentimental *ex* artículo 153. 1 CP.

Por el delito leve de injurias cometido contra Atenea Ruiz Calvo, el Ministerio Fiscal solicitó la pena de 20 días de localización permanente.

Por el delito de detención ilegal cometido contra Atenea Ruiz Calvo, el Ministerio Fiscal solicitó la pena de prisión de 5 años y 3 meses, e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo que dure la condena.

Por el delito de detención ilegal cometido contra Julio Román Suarez, el Ministerio Fiscal solicitó la pena de prisión de 4 años y tres meses, e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo que dure la condena.

Por el delito de amenazas cometido contra Atenea Ruiz Calvo, el Ministerio Fiscal solicitó la pena de prisión de 18 meses, e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo que dure la condena.

Por el delito de amenazas cometido contra Julio Román Suarez, el Ministerio Fiscal solicitó la pena de prisión de 15 meses, e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo que dure la condena.

Por el delito de lesiones cometido contra Atenea Ruiz Calvo, el Ministerio Fiscal solicitó la pena de prisión de 9 meses, e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo que dure la condena y privación de derecho a tenencia y porte de armas por tiempo de 2 años.

Por el delito de lesiones cometido contra Julio Román Suarez, el Ministerio Fiscal solicitó la pena de prisión de 2 años y 6 meses, e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo que dure la condena.

Por el delito leve de daños ocasionados en el establecimiento, el Ministerio Fiscal solicitó la pena de 2 meses de multa, con cuota diaria de 8 euros, con la responsabilidad personal subsidiaria del artículo 53 CP.

A los delitos de injurias, detención ilegal, amenazas y lesiones se les añade la prohibición de acercarse a la víctima, a su domicilio, a su lugar de trabajo o cualquier otro frecuentado por la misma. Esta medida consiste en una orden de alejamiento con una distancia mínima de 300 metros, que durará por tiempo de entre seis meses para el delito menos penado hasta 6 años en la petición mayor, así como la prohibición de comunicar con ella por cualquier medio.

Además, el Ministerio Fiscal se pronunció acerca de la responsabilidad civil, señalado que el investigado deberá indemnizar, a Atenea Ruiz Calvo en la cantidad de 420 euros por las lesiones cometidas, así como por y a Artemisa Velázquez Boira la indemnizara en la cantidad que se determine en la ejecución de la sentencia por los daños causados por los bomberos cuando realizaron la apertura forzada del local.

Por todo lo expuesto, esta parte procede a la elaboración de un Dictamen Jurídico para la defensa de Apolo Costas Costas.

Para la elaboración del presente dictamen, y de acuerdo con los antecedentes de hecho expuestos anteriormente, han de apreciarse las siguientes cuestiones jurídicas:

1. Calificación de los hechos

Se deben llevar a cabo una serie de matizaciones acerca de la calificación de los hechos y las declaraciones de los perjudicados y el investigado. Estas dos cuestiones están íntimamente relacionadas y por ello conviene clarificar lo ocurrido.

Delito de detención ilegal del artículo 163. 1 y 2 del Código Penal

La calificación realizada por el Ministerio Fiscal difiere en gran parte de la presentada por esta parte. La acusación pública entiende que se trata de una detención ilegal del artículo 163. 1 CP 1. «1. El particular que encerrare o detuviere a otro, privándole de su libertad, será castigado con la pena de prisión de cuatro a seis años.», por el contrario, esta parte defiende que, si existió tal delito, solo pudo ser el tipo atenuado establecido en el apartado segundo del mismo artículo «2. Si el culpable diera libertad al encerrado o detenido dentro de los tres primeros días de su detención, sin haber logrado el objeto que se había propuesto, se impondrá la pena inferior en grado.».

En este sentido, se tratará de probar que D. Apolo Costas Costas no es autor de un delito del artículo 163. 1 CP, sino que, en caso de que Apolo sea autor de algún delito, lo sería del apartado segundo del artículo 163 CP. Estos extremos, como más adelante se desarrollará, se acreditarán mediante material probatorio como conversaciones de WhatsApp y prueba testifical.

Delito de lesiones de los artículos 147 y 148. 1ª del Código Penal

Asimismo, otra de las grandes diferencias en cuanto a la calificación se contiene en los delitos de lesiones, entendiendo esta defensa que solo existió uno -contra D. Julio Román Suarez- y fue de carácter leve *ex* artículo 147. 2 CP. Lo expuesto se contrapone con lo solicitado por la acusación pública, quien aprecia dos delitos de lesiones y además entiende que el cometido contra el Sr. Román se subsumiría en el tipo del 148. 1ª CP. De este mismo modo, la acusación pública considera que existió un delito más de esta índole, el referido a los artículos 153. 1 en relación con el 147. 2 CP.

Delitos de amenazas, injurias de los artículos 169. 2ª, 173. 4 del Código Penal

En lo que concierne a estos delitos, aparece la mayor diferencia en la calificación de las dos partes, puesto que en la apreciación del Ministerio Fiscal existen dos delitos de amenazas y uno de injurias, por el contrario, esta parte entiende que en modo alguno se puede penar por estos delitos de acuerdo con argumentos basados en la jurisprudencia actual. Por ello, no cabe entender al Sr. Costas como autor de los mismos.

Delito de daños del artículo 263. 1 del Código Penal

Con relación al delito de daños, el Ministerio público sostiene la acusación por este ilícito con base de unos desperfectos en el teléfono móvil de Atenea. Ante estos hechos esta parte expondrá su visión acerca de la correcta subsunción de los hechos-delito.

2. Los mensajes de WhatsApp como prueba en juicio

En este epígrafe se estudiará la importancia que tienen los mensajes de WhatsApp aportados por esta parte, de este modo, coadyuvaran a comprender de mejor manera el *iter* factico de la noche de autos, demostrando que no todo fue tan violento y arbitrario como se calificó inicialmente.

3. La dispensa del deber de declarar (Artículo 416 LECrim)

En este epígrafe se abordará el asunto de la dispensa del deber de declarar, exención recogida en el artículo 416 LECrim, se analizará la importancia que tiene en este supuesto concreto, debido a que la víctima se presentó en el despacho para informar a esta parte de que se acogería a la dispensa del deber de declarar. Por ello, considero que es de oportunidad estudiar el estado de la cuestión conforme a esta materia, en este sentido, también relataré lo sucedido en la vista oral para terminar dando mi punto de vista acerca de cómo se resolvió en este caso concreto.

IV. NORMATIVA APLICABLE

La normativa necesaria para la resolución de las cuestiones jurídicas planteadas viene constituida por las siguientes leyes:

1. Constitución Española, de 1978: Artículo 24.2. *in fine*

El artículo 24.2 *in fine* CE dispone que «La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos.

Este precepto no es usado como tal en la defensa, empero si se debe mencionar en este dictamen puesto que de él emana el posterior desarrollo legislativo que refiere al derecho a la dispensa del deber de declarar.

2. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal: Artículos 163. 1 y 2, 147, 148. 1ª, 169. 2ª, 173. 4 y 263. 1.

Todos estos artículos responden a los delitos de los que se acusa al Sr. Costas, con la excepción del artículo 163. 2 CP, que es el delito que esta parte considera que le corresponde en detrimento del artículo 163. 1 CP. De este modo, lo necesario para comprender los tipos mencionados, así como si se dieron en el supuesto de autos se desarrollará a lo largo de este dictamen.

3. Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal: Artículo 416.

Este precepto es el quid de la cuestión controvertida, pues resultará clave en el devenir del supuesto, por ello se analizará a fondo la incidencia del artículo en el caso, estudiando jurisprudencia y doctrina al respecto.

V. FUNDAMENTOS TEÓRICOS

Este apartado centra la atención en el tipo delictivo de la detención ilegal, debido a que este delito, su análisis y su discusión dentro del procedimiento será clave para la comprensión y resolución del asunto.

1. Delito de detención ilegal del artículo 163. 1 y 2 del Código Penal

El delito de detención ilegal está regulado en el Libro II «Delitos y sus penas», Título VI «Delitos contra la libertad», Capítulo I «De las detenciones ilegales y secuestros».

El delito de detención ilegal protege el bien jurídico de la libertad ambulatoria, en concreto, la libertad o facultad para poder abandonar el lugar donde se encuentra el sujeto pasivo. En este sentido, lo diferenciamos de otros delitos similares comprendidos en el mismo título como las coacciones, ya que estas protegerían la libertad de acceder o permanecer en determinados lugares.

El sujeto activo de este ilícito podrá ser cualquier particular, quedando excluidos los particulares que pertenezcan, actúen o colaboren con grupos criminales ya que la responsabilidad se establecerá mediante los artículos 571 y ss. CP, así como los funcionarios públicos que responderán por la vía de los artículos 167.1 y 2, 529 y ss. CP. En lo que concierne al sujeto pasivo, podrá ser cualquier persona incluyendo a personas que momentáneamente se encontraran privadas de la libertad de movimientos, como personas dormidas, inconscientes o embriagadas.¹

En referencia al tipo objetivo, la conducta típica consiste en encerrar o detener, siendo estos términos concurrentes y complementarios, de modo que encerrando a alguien en un sitio detienes su libertad de movimiento, pero de otro modo una persona detenida puede ser conducida por distintos lugares y dependencias.²

En lo que incumbe al tipo subjetivo, dentro de este tipo solo cabe una comisión dolosa del mismo, ya que desde 1995 rige en el Código Penal el principio de excepcionalidad de las conductas imprudentes *ex* artículo 12, y falta una disposición

¹ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., «Delitos contra la libertad (I): detenciones ilegales y secuestros», en González Cussac (coord. et al.), *Derecho Penal Parte especial*, 6ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 142-143.

² LANDROVE DÍAZ, G., *Detenciones ilegales y secuestros*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 47.

expresa para la sanción de dichas conductas. Por ello, para la concurrencia del tipo subjetivo no se precisa de otro elemento además del dolo, bastando la conciencia y voluntad del sujeto activo hacia la privación de la libertad ambulatoria.³

Tras dar unas nociones generales del tipo de detención ilegal, se van a explicar las diferencias entre el tipo básico *ex* artículo 163.1 CP, y el tipo atenuado *ex* artículo 163.2. La fundamentación teórica acerca de la distinción de los tipos ayudará a una mejor comprensión de la posterior fundamentación jurídica y resolución del supuesto.

El tipo básico se encuentra en el primer párrafo del artículo 163 y establece que «El particular que encerrare o detuviere a otro, privándole de su libertad, será castigado con la pena de prisión de cuatro a seis años». Por otro lado, encontramos en el párrafo segundo el tipo atenuado, tipo que de acuerdo con jurisprudencia reiterada, pacífica y consolidada demanda la concurrencia de dos requisitos: que se le de libertad al encerrado dentro de los tres días de su detención (elemento objetivo) y que dicha acción se realice mediante la voluntad del infractor (elemento volitivo).⁴

En lo que refiere al desistimiento por parte del culpable, cabe destacar la STS 544/2016 de 21 de junio⁵, que establece que no se aplicará este subtipo atenuado cuando el desistimiento se realice por actuación de terceros, ya sean efectivos policiales u otros. De este modo, para clarificar como debe ser exactamente el desistimiento, es ilustrativa la STS 1108/2006, de 14 de noviembre⁶, que dispone que se aplicara el tipo atenuado «no solo cuando hay una acción directa de poner fin a la detención o secuestro, sino también cuando realiza actos que hacen posible esa liberación de manera fácil o más o menos inmediata».

³ SOLA RECHE, E., «Delitos contra la libertad», en Boldova Pasamar (coord. et al.), *Derecho penal Parte especial*, Comares, Granada, 2016, pp.134-135.

⁴ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., «Delitos contra la libertad (I): detenciones ilegales y secuestros», en González Cussac (coord. et al.), *Derecho Penal Parte especial*, 6ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 147.

⁵ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), de 21 de junio de 2016. Roj: STS 3070/2016 - ECLI: ES:TS:2016:3070

⁶ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), de 14 de noviembre de 2006. Roj: STS 6997/2006 - ECLI: ES:TS:2006:6997

VI. FUDAMENTOS JURÍDICOS

1. Calificación de los hechos.

1.1 Delito de detención ilegal del artículo 163. 1 y 2 del Código Penal

Tras la calificación de los hechos realizada a cargo de la acusación pública -tipo básico de la detención ilegal- es menester relatar lo que expone la jurisprudencia acerca de la aplicación del tipo atenuado, de manera que se probará que este supuesto es adecuado a lo establecido en la misma.

En este sentido, la STS 935/2008, de 26 de diciembre de 2008⁷, es aclaratoria y sienta de manera categórica la distinción entre los tipos, así como los requisitos del subtipo atenuado.

El artículo 163 contiene el subtipo atenuado en su párrafo segundo, el cual otorga la pena inferior en grado de la extensión básica del tipo. De este modo, el subtipo atenuado consistirá en que el culpable de libertad al detenido dentro de los tres primeros días sin haber logrado el objeto que se había propuesto. Requiriendo tres condiciones que a continuación pasamos a analizar y subsumir al asunto objeto de estudio.

En primer lugar, como primer requisito la liberación debe ser realizada voluntariamente por el infractor, negando la aplicación del subtipo atenuado cuando es la víctima o terceras personas quienes, sin la participación del sujeto activo, colaboran en la terminación del encierro. Siguiendo la línea de la sentencia primeramente mencionada, se encuentra la STS 74/2008, de 30 de enero⁸, que insiste en que la liberación del sujeto pasivo debe ser espontánea por parte del actor mediante actos liberatorios efectivos.

No obstante, los actos liberatorios pueden apreciarse como voluntarios y efectivos, no necesariamente con la puesta en libertad *stricto sensu*, sino con conductas del autor que, objetivamente implican la puesta a disposición del encerrado de los medios precisos para recobrar la libertad, aunque para recuperarla la víctima tenga que realizar algún tipo de actividad, en palabras de la STS 1108/2006, de 14 de noviembre, «esta sala viene entendiendo que se de libertad al encerrado o detenido, no solo cuando hay una acción

⁷Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), de 26 de diciembre de 2008, Roj: STS 7535/2008 - ECLI: ES:TS:2008:7535

⁸ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), de 30 de enero de 2008, Roj: STS 609/2008 - ECLI: ES:TS:2008:609

directa de poner fin al encierro o detención, sino también cuando realiza determinados actos que hacen posible esa liberación de manera o más o menos inmediata»⁹.

Como segundo requisito, el artículo exige al infractor la no consecución de su propósito, debido a que cuando el autor consigue lo que perseguía, la detención carece de sentido para él. Por el contrario, puede darse el supuesto de que la detención ilegal únicamente busca la privación de libertad, sin un propósito ulterior, de esta manera no existiría obstáculo para que se aplique la figura atenuada si el sujeto activo libera al sujeto pasivo en el tiempo establecido de setenta y dos horas. En esta línea jurisprudencial, la STS 601/2005, de 10 de mayo¹⁰, sirve como ejemplo ya que en este supuesto el actor no contemplaba en ningún caso que la detención durará setenta y dos o más horas, ni siquiera existía ningún motivo o propósito diferente a la privación de libertad, por ello se pudo aplicar el subtipo atenuado. En lo que refiere a la posibilidad de no existencia de propósito diferente a la privación de libertad, esta sentencia es ilustrativa cuando expresa que «el elemento subjetivo de este delito no requiere que el autor haya obrado con una especial tendencia de desprecio a la víctima diversa de la que ya expresa el dolo, en tanto conocimiento de la privación de libertad ambulatoria de otra persona. Consecuentemente comprobada la existencia del dolo, ningún propósito específico se requiere para completar el tipo subjetivo, y por lo tanto, la privación de libertad, reúne todos los elementos del tipo, siendo irrelevantes los móviles, pues el tipo no hace referencia a propósitos ni a finalidades comisivas».

Por último, como tercer requisito figura el plazo legal de setenta y dos horas para proceder a la liberación de la víctima. Requisito último, que puede completarse con lo ya explicado acerca de la cuestión de que la detención no vaya a durar más de dicho espacio de tiempo, y no se persiguiera otro fin que la privación de libertad, aplicándose de manera excepcional y restrictiva.

Así las cosas, esta parte entiende que los hechos acaecidos el día 8 de mayo de 2016, son merecedores de la calificación del subtipo atenuado del artículo 163. Tras el estudio de numerosa jurisprudencia se puede aseverar que se cumplen los tres requisitos necesarios.

⁹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), de 14 de noviembre de 2006. Roj: STS 6997/2006 - ECLI: ES:TS:2006:6997

¹⁰ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de Penal), de 10 de mayo de 2005, Roj: STS 2950/2005 - ECLI: ES:TS:2005:2950.

En primer lugar, es evidente que Apolo realiza un desistimiento voluntario y espontaneo, pues tras varias horas de encierro y haber consumido mucho alcohol, siente que no entiende el porqué de lo que está haciendo y decide dejar las llaves para marcharse, y en ningún momento impedir que Atenea y Julio puedan recuperar su libertad ambulatoria. Además, el acto de dejar las llaves implica que, aunque no abriera la puerta y los dejará marchar, la acción de marcharse el mismo y tirar las llaves en la puerta de entrada se entiende como acto liberatorio.

De los hechos relatados se desprende que no existió más propósito que los efectos del encierro, estando Apolo muy ebrio, sufriendo un arrebato de celos, se consumó un delito de detención ilegal sin ningún móvil ulterior. Por ello, de acuerdo con jurisprudencia como la STS 601/2005, de 10 de mayo, concurre el segundo requisito del subtipo atenuado, debido a que, por no existir propósito posterior, ya se había consumado el objetivo y el hecho de realizar la liberación en el periodo establecido en la norma - setenta y dos horas- se permite apreciar la pena inferior en grado. Apolo nunca tuvo otro objetivo que el de saber con exactitud que pasaba entre ellos dos, es decir, que tipo de relación tenían, y para ello decidió encerrarse con ellos hasta obtener una respuesta, pero en ningún caso quiso cometer otros delitos como el robo, extorsión, o algún tipo de abuso.

Por último, en relación al último requisito temporal, este va interrelacionado a la no consecución del propósito o a la detención ilegal sin ulterior propósito. En este supuesto, que refiere a una detención ilegal autónoma, queda probado por vía de prueba tanto testifical como documental (mensajería de WhatsApp), que el encierro perdura alrededor de 3 horas, por lo que esta parte entiende que no existe óbice para que se estime la aplicación del artículo 163. 2 CP.

1.2 Delito de lesiones de los artículos 147 y 148. 1ª del Código Penal

En lo que concierne los tipos de lesiones enjuiciados en este supuesto, se van a analizar los posibles delitos existentes en cada uno de los sujetos:

A) Julio Román Suarez

De este sujeto consta un parte de lesiones producidas el día 8 de mayo de 2016, descritas como:

- Policontusiones

- Herida incisa longitudinal de 4 cm de longitud en la región tenar de la mano derecha con afectación muscular
- Herida en el lado radial de la falange media del 3º dedo de la mano derecha con afectación de nervio colateral radial.
- Dolor y edema en rodilla izquierda.

En relación con este diagnóstico, las lesiones requirieron de un tratamiento facultativo después de la asistencia, tratamiento quirúrgico consistente en sutura muscular y cutánea en la región tenar y zona del 3º dedo, así como tratamiento farmacológico. Además, se expide informe de alta informando que el tiempo no impeditivo para la realización de su actividad habitual fue de 3 días, así como el mismo periodo de tiempo para la estabilización de las lesiones.

Así las cosas, se debe centrar la atención en las declaraciones de las personas presentes el día de autos, para así poder afirmar si realmente existió el delito de lesiones, y si este existe, valorar si concurre el tipo del artículo 148. 1ª o el tipo del artículo 147. 2 CP.

De acuerdo con las declaraciones de Atenea en sede policial, Apolo entró a la barra del bar cogiendo un cristal -sin poder especificar si fue un botellín entero, o quebrado- y golpeando a Julio en la mano. De este modo, Julio declaró en sede policial, que recibió un corte en la mano de parte de Apolo, pero sin poder recordar ni especificar como fue, ni con qué objeto. Por último, se debe señalar que Apolo no declaró primeramente en sede policial, no obstante, si lo hizo a los pocos días en sede judicial, señalado a este respecto, que él no agredió a Julio y que este se debió cortar la mano al caer hacia atrás en la barra.

Es destacable, que en declaraciones posteriores Julio aclara que el corte se produjo en un forcejeo que tuvo con Apolo dentro de la barra del bar. En este forcejeo Apolo llevaba una botella de cerveza en la mano con la que el declarante debió cortarse, haciendo hincapié en que Apolo en ningún momento rompió la botella para agredirle o se la lanzo, sino que está seguro que el corte ocurrió circunstancialmente en ese forcejeo.

De lo ocurrido en fase de instrucción, debido a las contusiones que sufrió Julio, no puede derivar otra conclusión que la de que únicamente existió un delito de lesiones leve del artículo 147. 2 CP, para el que el mencionado código prevé una pena de 1 a 3 meses de multa.

El *iter* que debe marcar la argumentación es si en la agresión se han utilizado instrumentos, objetos, medios, métodos o formas concretamente peligrosas para la vida o salud del lesionado. Lo que aplicado al caso de autos es el determinar si Apolo utilizó o no una botella de cristal rota, o si rompió una botella de cristal en la mano o brazo de Julio, es decir, si dirigió dicho objeto de manera voluntaria y directa contra el agredido. Esta parte considera que no ha sido suficientemente probado la forma en que se produjo el corte, la tesis de no saber exactamente como se produjo el corte es la más conforme con el lugar en el que se produjo el corte -parte exterior de la mano-, unido a las declaraciones exculpatorias del Sr. Román Suarez, siendo esta última opción fáctica la que asume el relato declarado probado, entendiéndose que no concurren las circunstancias previstas en el artículo 148. 1ª.

B) Atenea Ruiz Calvo

De este sujeto consta un parte de lesiones producidas el día 8 de mayo de 2016, en el cual se refleja que sufrió contusión y hematoma (no heridas) en la zona tibial.

Se le dio tratamiento de limpieza de pies, retirándole un pequeño cristal del dedo. Asimismo, se le aplicó el protocolo oportuno, revisándola tras 6 horas de observación dándole el alta después de estas. El tratamiento de alta consistió en realizar reposo relativo con aplicación de frío local en la zona de contusión y calor seco en la zona cervical, y tratamiento mediante antiinflamatorios.

Tras lo expuesto, esta parte entiende que no existe tal delito de lesiones, debido a que el pequeño cristal que limpian del pie bien se le pudo clavar por andar de manera descuidada por el establecimiento, así como el hematoma de la zona tibial pudo resultar del desempeño de su jornada de trabajo aquella noche (tropezando con la barra del bar, o de muchas otras formas), en este mismo sentido nada nos dice que este parte de lesiones refute una agresión del acusado D. Apolo Costas Costas.

Para el caso de que se entendiera que si existe tal delito de lesiones del artículo 147. 2 en relación con el 153. 1 CP, se aplique la pena de trabajos en beneficio de la comunidad (treinta y uno a ochenta días), ya que el juez tiene la facultad de elegir entre la pena de prisión (seis meses a un año) o esta otra anteriormente mencionada. Esta parte entiende que hay serias dudas de que lo diagnosticado en ese parte de lesiones pueda atribuírsele al investigado el Sr. Costas, por ello se pide la absolución de tal delito; y por

la ínfima entidad de las lesiones, en caso de que el tribunal entienda que si existe delito, que se le aplique la pena de trabajos en beneficio de la comunidad en su extensión mínima.

1.3 Delito de amenazas e injurias de los artículos 169. 2ª, 173. 4 del Código Penal

Con relación a estos dos delitos, esta parte entiende que deben ser abordados en un mismo epígrafe debido a que su argumentación contiene unos razonamientos comunes.

En primer lugar, en lo referente al delito leve de injurias, lo relevante en este supuesto es que las frases que se recogen en la instrucción solo tenían el objetivo de amedrentar a la víctima para que desistiera de toda acción dirigida al cese de la situación de detención o encierro, por ello esta parte entiende dichas acciones quedan absorbidas por el mayor desvalor del delito de detención ilegal.

En segundo lugar, en lo referente al delito de amenazas, también propinadas durante el periodo de encierro, es ilustrativa la STS 399/2013, de 8 de mayo, «parece evidente que, en la generalidad de los casos, las amenazas quedaran absorbidas por el mayor desvalor del delito de detención ilegal, sobre todo, en aquellos supuestos en los que el menoscabo de la libertad de la víctima se oriente de modo inequívoco a doblegar todo intento de recuperación de la libertad perdida»¹¹. Es claro y manifiesto, que en el caso de autos, tanto las injurias como las amenazas son una forma complementaria de mantener el nivel de intimidación sobre las víctimas, en aras de impedir cualquier maniobra de recuperación de la libertad. Por todo ello, esta parte entiende que, de acuerdo con los hechos probados y la jurisprudencia actual, el Sr. Costas debe quedar absuelto de los delitos de amenazas e injurias que se le acusa.

1.4 Delito de daños del artículo 263. 1 del Código Penal

En lo que refiere al delito de daños, esta parte entiende que Apolo es responsable de un delito de daños, por cuanto ha reconocido que el arrojó el móvil de Atenea. Con relación a este delito el Código Penal dispone que:

¹¹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), de 8 de mayo de 2013. Roj: STS 2591/2013 - ECLI: ES:TS:2013:2591

«1. El que causare daños en propiedad ajena no comprendidos en otros títulos de este Código, será castigado con multa de seis a veinticuatro meses, atendidas la condición económica de la víctima y la cuantía del daño.

Si la cuantía del daño causado no excediere de 400 euros, se impondrá una pena de multa de uno a tres meses.»

Por ello, se debe puntualizar que la subsunción correcta será la realizada dentro del segundo párrafo del apartado primero del artículo 263 CP, debido a que no existe dictamen pericial que valore los daños en el teléfono y en ningún caso puede estimarse que el daño exceda de 400 euros. Por ello, es de oportunidad que se aplique la pena de uno a tres meses de multa en su extensión mínima.

2. Los mensajes de WhatsApp como prueba en juicio

2.1 Concepto, régimen jurídico y valoración

WhatsApp es una aplicación descargable en teléfonos móviles que sirve para realizar intercambios de mensajes de texto, audios, videos, documentos, imágenes o ubicaciones. Asimismo, la aplicación precisa de conexión a internet y el registro de un número de teléfono. Como primera característica a tener en cuenta, se debe señalar que los mensajes enviados y recibidos no son conservados por un servidor externo, sino que únicamente se almacena en el dispositivo donde ha tenido lugar¹². En este sentido, la autenticación *stricto sensu* se puede efectuar mediante un estudio pericial sobre los terminales objeto de prueba, ya que la empresa WhatsApp únicamente podrá aportar los denominados «datos de tráfico», los que confirmarán las identidades, números de teléfono, origen y destino de las comunicaciones, pero nunca contendrán el contenido de la comunicación¹³.

En lo referente al régimen jurídico, se introducen artículos relacionados a esta figura en la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. A este respecto, la incorporación de la diligencia de detención y apertura de la correspondencia telegráfica, la cual debe contar con autorización judicial y mediar delito grave, es una figura asimilable a la interceptación en tiempo real de las

¹² ARRABAL PLATERO, P., «El WhatsApp como fuente de prueba», en Fuentes Soriano (coord.) *El Proceso Penal: Cuestiones fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 352.

¹³ ARRABAL PLATERO, P., «El WhatsApp...», cit., p. 353.

conversaciones de WhatsApp, debiéndose respetar los mismos requisitos¹⁴. Por lo demás, es la jurisprudencia la que regula, dispone y marca la pauta acerca de los requisitos y valoración de esta prueba.

En la práctica jurídica, estas conversaciones son aportadas mediante «pantallazos» y fotocopias de las conversaciones, siendo estas acompañadas del terminal que contiene los mensajes para que el Letrado de la Administración de Justicia las coteje. En este sentido se puede mencionar -entre otras- la SAP de Madrid, 533/2014, de 24 de julio, cuando dispone que «el cotejo efectuado por el Secretario Judicial del Juzgado de Violencia sobre la Mujer número 1 de Alcorcón, obrante al folio 25, respecto a los estados de la aplicación de WhatsApp del denunciado y, fundamentalmente, el resultado de las pruebas practicadas en el acto del juicio oral en condiciones de inmediación, oralidad, publicidad, contradicción e igualdad de armas.»¹⁵. Lo citado debe entenderse en el contexto de un rechazo de la pretensión de no valorar la prueba por parte de los recurrentes, así como la reafirmación de que la prueba se adquirió y practicó con todas las garantías procesales. De este modo, es oportuno decir que estos datos pueden aportarse al proceso, así como reforzar su validez mediante otros medios de prueba tradicionales, como la prueba testifical, los interrogatorios de parte o acusado, o el reconocimiento judicial, es decir, interpelando al testigo o parte si recibió o envió cierto WhatsApp¹⁶.

En lo que respecta a la sospecha de manipulación, ya se ha señalado que mediante el cotejo y el desarrollo de medios de prueba como las pruebas testificales, se puede contradecir y corroborar la conversación, pero en esta materia el Tribunal Supremo es claro en su STS 375/2018, de 19 de julio, afirmando que «No es posible entender, como se deduce del recurso, que estas resoluciones establezcan una presunción iuris tantum de falsedad de estas modalidades de mensajería, que debe ser destruida mediante prueba pericial que ratifique su autenticidad y que se debe practicar en todo caso; sino que, en el caso de una impugnación (no meramente retórica y en términos generales) de su autenticidad -por la existencia de sospechas o indicios de manipulación- se debe realizar tal pericia acerca del verdadero emisor de los mensajes y su contenido. Ahora bien, tal

¹⁴ ARRABAL PLATERO, P., «El WhatsApp...», cit., p. 355.

¹⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sala de lo Penal), de 24 de julio de 2014. Roj: SAP M 10311/2014 - ECLI: ES:APM:2014:10311

¹⁶ DELGADO MARTÍN, J., «La prueba del WhatsApp», en Diario La Ley, nº. 8605, 2015, p. 3.

pericia no será precisa cuando no exista duda al respecto mediante la valoración de otros elementos de la causa o la práctica de otros medios de prueba.»¹⁷.

Por último, en sede de valoración de esta prueba, se va a valorar como una prueba más, y lo que diferenciará su peso en el juicio, será su importancia en el conflicto objeto del proceso, o su valoración en el conjunto de la práctica de otros medios de prueba que consten en el procedimiento.

2.2 Las conversaciones aportadas en el caso de autos

Esta parte aporta como prueba documental copia de pantallazos del teléfono móvil de D. Apolo Costas Costas. Estos pantallazos contienen la conversación mantenida con Atenea durante la noche previa a los sucesos aquí discutidos.

En primer lugar, se va a demostrar que la relación entre ambos no estaba deteriorada sino todo lo contrario, por ello intercambiaron mensajes en el sentido que ahora se relatarán. En segundo lugar, estas conversaciones van a demostrar que se han omitido datos muy importantes, tales como que Atenea, su hermana Afrodita, Apolo y un amigo común llamado Calígula estuvieron en el establecimiento en muy buena sintonía, tomándose fotos durante la noche, tomando aguardiente y cervezas como se puede apreciar en la fotografía enviada vía WhatsApp. En tercer lugar, que el Sr. Costas no acudió al establecimiento a las 6:30 horas de la madrugada, pues figuran conversaciones a esas horas en las que el pregunta si se pasaba por allí no obteniendo respuesta hasta las 8:55 horas. Además, se podrá comprobar mediante esta documental, que hasta las 12:00 horas del mediodía Atenea, Apolo y Julio, estuvieron tomando cervezas y aguardiente como muestra el pago con tarjeta que realizó Apolo.

Bien, conforme a lo narrado se van a ir desglosando las conversaciones y relacionándolas con lo sucedido aquella madrugada. Existe una conversación entre Apolo y Atenea que va desde las 22:30 a las 23:00 horas, en la que Atenea solicita *motu proprio* a Apolo que vaya al trabajo a llevarle sus chanclas y un poco de cena de la que le gusta, pudiéndose observar que cuando le pide la cena, Apolo sugiere fideos fritos contestando ella que la conoce muy bien con una cara con beso. De esta conversación solo puede extraerse que existía una buena relación entre ellos. Más tarde alrededor de la 1:00 horas,

¹⁷ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), de 19 de julio de 2018. Roj: STS 2949/2018 - ECLI: ES:TS:2018:2949

Atenea por su propia iniciativa manda unas fotos suyas de pie con ánimo de que Apolo las tenga, además le envía fotos tomadas de esa noche juntos y con los amigos mencionados. Apolo alrededor de las 3:00 horas se marcha del local. A las 6:45 horas, Apolo mensajea a Atenea diciéndole que va a buscarla, siendo contestado por ella a las 8:55 con un ¿dónde estás?. De esta conversación, solo se puede deducir que Apolo llegó al establecimiento a partir de las 8:55 horas. Por último, es llamativo pensar que en un ambiente tan hostil y violento como se ha narrado, exista un pago de tarjeta de crédito por valor de 30 euros a cargo del presunto culpable, de hecho lo hay, puesto que los sujetos objeto de este procedimiento estuvieron bebiendo alcohol durante toda la mañana.

3. La dispensa del deber de declarar (Artículo 416 LECrim)

3.1 Concepto, régimen jurídico y estado de la cuestión

El derecho a no declarar sobre hechos presuntamente delictivos cometidos contra un pariente, familiar, o persona que este o haya estado unida por una análoga de afectividad, es un derecho que emana primeramente del texto constitucional en su artículo 24. 2 CE *in fine* cuando establece que «La ley regulará los casos en que, por razón del parentesco, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos».

No obstante, su regulación se plasma en la Ley de Enjuiciamiento Criminal en su artículo 416, en lo que aquí interesa su apartado primero:

«Están dispensados de la obligación de declarar:

1. Los parientes del procesado en líneas directa ascendente y descendente, su cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial, sus hermanos consanguíneos o uterinos y los colaterales consanguíneos hasta el segundo grado civil, así como los parientes a que se refiere el número 3 del artículo 261.

El Juez instructor advertirá al testigo que se halle comprendido en el párrafo anterior que no tiene obligación de declarar en contra del procesado; pero que puede hacer las manifestaciones que considere oportunas, y el Secretario judicial consignará la contestación que diere a esta advertencia.»

Lo que viene a inspirar este mandato constitucional y la legislación procesal penal, es la prevalencia de vínculos familiares o parentales que otorgan una fuerza moral y deber

de fidelidad, que encuentran su prerrogativa frente a la obligación de colaborar con la Administración de Justicia.¹⁸

Es *conditio sine qua non* que el declarante tenga conocimiento del derecho a la dispensa, de esta manera, si decide declarar, sus declaraciones serán válidas e integradas en el procedimiento, si por el contrario, declara sin la previa advertencia de que no tiene la obligación de declarar sus manifestaciones devendrán nulas y no podrán ser utilizadas como prueba de cargo por no haber respetado las garantías legales pertinentes. A este respecto, es ilustrativa la STS 13/2009, de 20 de enero de 2009, que expone «Es claro, de otro lado, que la situación de quien declara ante el Juez no es la misma si lo hace bajo el juramento o promesa de decir verdad con la conminación de las posibles consecuencias derivadas en caso de incurrir en falso testimonio, que si se le advierte de sus derechos legales a no contestar. Consecuentemente, las declaraciones prestadas contra el procesado por los parientes que señala la ley, sin la previa advertencia prevista en el artículo 416 de la LECrim, en cuanto que no han sido prestadas con todas las garantías, deben reputarse nulas y no pueden utilizarse válidamente como prueba de cargo por la vía del artículo 714 de la misma Ley. En estos casos, las únicas declaraciones válidas son las prestadas una vez que ha sido informado de su derecho a no declarar contra el procesado».¹⁹

Por otro lado, cuando la víctima tras ser avisada del derecho a la dispensa del deber de declarar y se acoja a este, lo debe hacer como expresa la STS 459/2010, de 14 de mayo de 2010, con plena capacidad y total libertad, de este modo si el tribunal apreciara que la víctima presenta actitudes de las que se pueda deducir que median amenazas o coacciones, se deberán adoptar las medidas necesarias para resolver dicha circunstancia.²⁰ Asimismo, si la víctima decide acogerse al derecho de la dispensa del deber de declarar en la vista oral de manera libre y voluntaria, y lo único que existe es su prueba testifical, o en su caso testigos referenciales a quienes la esposa manifestó los hechos, la dispensa cobrará plena fuerza en aras de devenir en una sentencia absolutoria²¹. En este sentido, la STS 703/2014, de 29 de octubre, deja claro que en estos supuestos es

¹⁸ SERRANO MASIP, M. Y CASTILLEJO MANZANARES, R., «Denuncia y dispensa del deber de declarar», en Castillejo Manzanares (dir.), *Violencia de género y justicia*, Campus Vida, Santiago de Compostela, 2013, p. 555.

¹⁹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), de 20 de enero de 2009. Roj: STS 136/2009 - ECLI: ES:TS:2009:136

²⁰ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), de 14 de mayo de 2010. Roj: STS 2648/2010 - ECLI: ES:TS:2010:2648

²¹ DE URBANO CASTRILLO, E. «La dispensa del deber de declarar (art. 416 LECrim)», en Aranzadi Doctrinal, nº.7, julio 2018, p. 8.

improcedente desvirtuar el ejercicio de dispensa trayendo a valorar a la sala la declaración sumarial incriminatoria, concluyendo de manera literal que esa declaración es una «mera diligencia sumarial sin valor probatorio»²².

En lo que concierne al estado de la cuestión, sin ánimo de retrotraernos muchos años atrás, se han examinado tanto Acuerdos del Tribunal Supremo, como la jurisprudencia más influyente y acogida por los juzgadores, que en el desarrollo de los años ofrece distintos cambios de línea en la interpretación del derecho a la dispensa del deber de declarar.

Ante la disparidad de criterios jurisdiccionales, es de oportunidad mencionar el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2013, resolución que, pese a no ser vinculante vino a procurar la unificación de criterio de los órganos jurisdiccionales menores, quienes en su mayoría -jurisprudencia menor- se han valido de tal criterio²³.

El Acuerdo expresa que «La exención de la obligación de declarar prevista en el art. 416.1 LECrim. Alcanza a las personas que están o han estado unidas por alguno de los vínculos a que se refiere el precepto. Se exceptúan:

a) La declaración por hechos acaecidos con posterioridad a la disolución del matrimonio o cese definitivo de la situación análoga de afecto.

b) Supuestos en que el testigo esté personado como acusación en el proceso.»

Del Acuerdo emitido por el Tribunal Supremo se entiende que, aunque en el momento de declarar ya no estén unidas al investigado, podrán ejercer su derecho a la dispensa, perdiendo el ejercicio de ese derecho si se encuentran como parte acusadora dentro del proceso. Pero si reparamos en el punto B), se plantea la duda aplicativa de que ocurre cuando una víctima personada como acusación renuncia al ejercicio de la acción penal, entendiéndose que el haber ejercido la acusación particular no te privaba del ejercicio del derecho a la dispensa del deber de declarar si se renunciaba antes a ser parte acusadora dentro del proceso. A este respecto, se ha pronunciado la doctrina como exponen PASTOR SANTIAGO, I. y SALÀS DARROCHA, J.T. abogan por una

²² Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), de 29 de octubre de 2014. Roj: STS 4466/2014 - ECLI: ES:TS:2014:4466

²³ RODRIGUEZ ALVAREZ, A. «El dilema de la acusación: de nuevo a vueltas con la dispensa del deber de declarar en supuestos de violencia de género», en Diario La Ley, nº. 8727, 2016, p. 2.

interpretación en este sentido: «con el desistimiento en el ejercicio de la acusación particular incluso en el mismo momento de inicio del juicio oral abre la puerta a la exención de declarar del/la testigo»²⁴.

De esta manera, dentro de la jurisprudencia es muy ilustrativa en la aplicación del mencionado acuerdo, la SAP Girona (Secc. 4.^a), 17/2015, de 14 de enero, «en el acto del plenario, y pese a estar ejerciendo en esos momentos la acusación particular, la perjudicada se negó a declarar en contra del acusado amparándose en la dispensa del art. 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. [...] en la interpretación del apartado b) del acuerdo de la Sala del Tribunal Supremo, hemos considerado que si bien, como parece lógico, es incompatible el ejercicio de la acción particular con la dispensa a declarar, puesto que quien ejercita el *ius puniendi* no puede liberarse de rendir en el plenario la prueba que dependa de su propio esfuerzo personal, esencial las más de las veces (pese a que podríamos hallar en la realidad cotidiana ciertos casos límite en que ello no es así), la renuncia al ejercicio de esa actividad procesal puede hacerse en cualquier momento, no agotándose esa posibilidad en el trámite de cuestiones previas. De esta suerte, cuando la propia perjudicada manifiesta que desea acogerse a la dispensa es perfectamente posible que su representación procesal se retire anunciando la renuncia a mantener la acción particular»²⁵.

Esta sentencia es clara y meridiana en la interpretación que da al Acuerdo emitido por el Tribunal Supremo, deja sentado que cuando la acusación particular se retira, siempre va a operar la dispensa del deber de declarar. Aunque esta se retire fuera del trámite procesal oportuno o más idóneo, la facultad de no declarar pervive durante la vista oral, extremo que se reitera en la siguiente sentencia que se cita.

La SAP Barcelona (Secc. 20.^a) 875/2014, de 23 de septiembre, falla en el mismo sentido admitiendo en este supuesto la aplicación del ejercicio de la dispensa, aun cuando la abogada se retiró de la acusación el mismo día de la vista oral y sin hacerlo en el trámite procesal oportuno (fase de cuestiones previas), lo que el tribunal justifica de esta manera «Se inició el juicio con la referida Abogada en estrados en la posición de acusadora particular por cuanto, como hemos dicho, no hizo manifestación alguna en el turno de

²⁴ PASTOR SANTIAGO, I. y SALÀS DARROCHA, J. T., «Dispensa ex art. 416 Lecrim y Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo de 24/04/13: incidencia en procedimientos por violencia de género», en Aranzadi Doctrinal, nº 6, 2014, p. 7.

²⁵ RODRIGUEZ ALVAREZ, A. «El dilema de la acusación: de nuevo a vueltas con la dispensa del deber de declarar en supuestos de violencia de género», en Diario La Ley, nº. 8727, 2016, p. 3.

intervenciones previas; [...] No podemos acogernos a tecnicismos tales como que Victoria todavía estaba personada en el proceso cuando entró en la Sala para deponer como testigo, porque en el mismo momento no sólo mostró su voluntad de no ser parte, sino que la Abogada que la defendía retiró la acusación.»²⁶.

Por el contrario, en el año 2015 esta línea ha sufrido un giro con la STS 449/2015, de 14 de julio, en que se rechaza la posibilidad del ejercicio de la dispensa a una víctima que renuncio al ejercicio de acciones habiendo mantenido la acusación durante más de un año. El tribunal explica su posición mediante la base de la duración de la parte como acusación particular -un año- eximiendo de la obligación de ser informada de su derecho a no declarar. Hay que señalar, que esta última sentencia mencionada, también se fundamenta en el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2013, aunque dicha interpretación parece algo más forzada y son más numerosas las sentencias nombradas en la primera línea interpretativa²⁷.

3.2 Desarrollo del derecho a la dispensa en este supuesto y crítica a la decisión adoptada

Bien, en este supuesto se planteó a cargo de la defensa como cuestión previa, que la denunciante -sin ser acusación particular- tendría el derecho a no declarar *ex* artículo 416 LECrim y de conformidad con reiterada jurisprudencia. El Ministerio público se opuso alegando que Atenea -quien manifestó en la sala que no quería declarar- debía declarar y no podía acogerse al derecho de dispensa del deber de declarar. El tribunal, tras deliberar unos minutos, rechazó esta cuestión, basando su argumentación en el criterio del Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2013, sosteniendo que cuando ha sido acusación particular y la víctima ha denunciado los hechos el derecho a la dispensa no opera, aduciendo también que la relación había roto, por lo que la víctima declaró y se tuvieron en cuenta sus declaraciones.

Así las cosas, tras el estudio del estado de la cuestión y aplicando lo analizado al caso objeto de estudio voy a emitir mi punto de vista acerca de la decisión tomada por el

²⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sala de lo Penal), de 23 de septiembre de 2014. Roj: SAP B 10677/2014 - ECLI: ES:APB:2014:10677

²⁷ RODRIGUEZ ALVAREZ, A. «El dilema de la acusación: de nuevo a vueltas con la dispensa del deber de declarar en supuestos de violencia de género», en Diario La Ley, nº. 8727, 2016, p. 4.

tribunal. Considero que el tribunal debería haber aplicado la dispensa al ejercicio de declarar al contrario de lo que hizo. El tribunal basó el rechazo a la dispensa en dos motivos, que ya no existía relación y el principal motivo fue que la testigo/víctima había ejercido anteriormente la acusación particular.

En primer lugar, se debe decir que la relación si existía en aquel momento, puesto que como se ve en los WhatsApp tenían una relación cercana en la que se veían diariamente y compartían sucesos cotidianos, como por ejemplo el hecho de llevarle las zapatillas o la cena como ocurrió el día de autos. No obstante, lo que más llama la atención, es que, en el plenario se acoja el motivo de la no existencia de la relación - motivo soslayado primeramente por el Ministerio Fiscal- mientras que se está pidiendo al mismo tiempo la agravante de parentesco para el delito de lesiones contra Atenea.

En segundo lugar, en lo referente al ejercicio de la acusación particular como hecho determinante para exceptuar el derecho a la dispensa, es claro y manifiesto que Atenea se retiró de su condición de parte, lo que hace que esta pueda ejercer su derecho a no declarar. En este sentido, cabe poco más que añadir puesto que está recogido en autos la renuncia al ejercicio de la acusación particular, asimismo, es numerosa la jurisprudencia posterior al Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2013, pueden observarse sentencias como la SAP Girona (Secc. 4.^a), 17/2015, de 14 de enero, o la SAP Barcelona (Secc. 20.^a) 875/2014, de 23 de septiembre, sentencias en las que como se ha mencionado *ut supra*, incluso se llega a retirar la acusación particular en momentos procesales impertinentes, lo que no fue óbice para respetar el derecho a la dispensa. Además, se quiere señalar otras sentencias que fallan en la misma línea como la SAP Sevilla (Secc. 4.^a) 460/2015, de 3 de septiembre; SAP Sevilla (Secc. 4.^a) 277/2015 de 28 mayo; SAP Alicante (Secc. 10.^a) 54/2014, de 28 de enero; SAP Madrid (Secc. 26.^a) 883/2013, de 12 septiembre; SAP Las Palmas (Secc. 2.^a), de 3 de junio de 2013.

Por todo ello, esta parte considera que está suficientemente acreditado tanto el hecho de que tenían una relación, como el extremo de que Atenea renunció al ejercicio de la acusación particular, por lo que entiendo que la Sra. Ruiz Calvo no debió declarar en el plenario.

VII. CONCLUSIONES

Como conclusión a todo lo expuesto, voy a emitir mi dictamen y consideraciones acerca del supuesto con base en lo desarrollado en el presente escrito.

En primer lugar, considero que el Sr. Costas Costas, en ningún caso es culpable del delito de detención ilegal del que es acusado, artículo 163. 1 CP, sino que se le debe aplicar el tipo atenuado del artículo 163, es decir, el párrafo segundo. Se le debe aplicar este subtipo, ya que ha quedado acreditado mediante prueba testifical de Atenea, que Apolo abandono el local por su propia iniciativa, facilitando la liberación de las victimas mediante actos como el arrojó de llaves en la puerta y salida del establecimiento *motu proprio*, actos que de acuerdo con la jurisprudencia estudiada deben concluir en la aplicación del subtipo atenuado de la detención ilegal. A este delito se le deberá aplicar la atenuante analógica muy cualificada del artículo 21. 7 en relación con el 21. 2 CP, por intoxicación alcohólica al tiempo de cometer el delito, puesto que se demostró que Apolo consumió y pago numerosas bebidas alcohólicas durante la mañana del suceso.

En lo relativo a los delitos de lesiones, esta parte considera que Apolo únicamente debe responder de las lesiones ocasionadas al Sr. Román Suarez. En primer lugar, porque las lesiones de Atenea, a juicio de esta parte, han podido ser ocasionadas por el desempeño del trabajo en la barra del bar (hematoma tibial), así como el pequeño cristal del pie se lo pudo clavar por andar de manera descuidada durante la mañana. En segundo lugar, si se admite la existencia de un delito de lesiones contra Julio, que solamente podrá ser subsumido en el artículo 147. 2 CP, puesto que de las declaraciones de la victima se ha descartado el ataque con medio peligroso, y los forcejeos únicamente han ocasionado un cuadro de policonusiones que solo requirió de una primera asistencia facultativa.

Esta defensa entiende, de acuerdo con la jurisprudencia y doctrina aquí estudiada, que los delitos de amenazas e injurias se enmarcan dentro del mayor desvalor del delito de detención ilegal, por lo que considero que quedan absorbidas por el principio de consunción y por ello Apolo debe ser absuelto de dichos delitos. En lo que respecta al delito de daños, esta parte admite su existencia en tanto en cuanto Apolo admitió que arrojó el teléfono, empero se le deberá imponer la pena mínima ya que no se ha tasado el valor de los desperfectos.

Por último, quiero hacer mención al asunto de la dispensa del deber de declarar, tema muy discutido y debatido por la jurisprudencia y doctrina en el que me posicione en favor de su aplicación para este supuesto, lo que no ocurrió en el enjuiciamiento de este supuesto, no obstante, considero que la argumentación vertida en este dictamen es válida y en ningún caso descabellada. Para ello, quedo acreditada tanta la relación entre Apolo y Atenea, como el retiro de la acusación por parte de ella, empero si es cierto que parece que este asunto -aplicación de la dispensa- pertenece más al terreno de la interpretación, la valoración del momento y las consecuencias de su aplicación.

Por todo lo expuesto, considero que por cada delito de detención ilegal se le imponga la pena de un año de prisión, por el delito de lesiones se le imponga la pena de un mes de multa, y por el delito de daños se le imponga la pena de un mes de multa, siendo absuelto de los delitos de injurias y amenazas.

Esta es la opinión que emito como Dictamen y que someto a otra mejor fundada en Derecho, firmándola en Zaragoza en diciembre de 2019.

Octavio Sesma del Val

VIII. BIBLIOGRAFÍA

LIBROS Y REVISTAS

- ARRABAL PLATERO, P., «El WhatsApp como fuente de prueba», en Fuentes Soriano (coord.) *El Proceso Penal: Cuestiones fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- DE URBANO CASTRILLO, E. «La dispensa del deber de declarar (art. 416 LECrim)», en Aranzadi Doctrinal, nº.7, julio 2018.
- DELGADO MARTÍN, J., «La prueba del WhatsApp», en Diario La Ley, nº. 8605, 2015.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Coordinadores) «Delitos contra la libertad (I): detenciones ilegales y secuestros», *Derecho Penal Parte especial*, 6ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- LANDROVE DÍAZ, G., *Detenciones ilegales y secuestros*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- PASTOR SANTIAGO, I. y SALAS DARROCHA, J. T., «Dispensa ex art. 416 Lecrim y Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo de 24/04/13: incidencia en procedimientos por violencia de género», en Aranzadi Doctrinal, nº 6, 2014.
- RODRIGUEZ ALVAREZ, A. «El dilema de la acusación: de nuevo a vueltas con la dispensa del deber de declarar en supuestos de violencia de género», en Diario La Ley, nº. 8727, 2016.
- SOLA RECHE, E., «Delitos contra la libertad», en Boldova Pasamar (coord. et al.), *Derecho penal Parte especial*, Comares, Granada, 2016.

- SERRANO MASIP, M. Y CASTILLEJO MANZANARES, R., «Denuncia y dispensa del deber de declarar», en Castillejo Manzanares (dir.), *Violencia de género y justicia*, Campus Vida, Santiago de Compostela, 2013, p. 555.

JURISPRUDENCIA

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), de 21 de junio de 2016. Roj: STS 3070/2016 - ECLI: ES:TS:2016:30703
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), de 14 de noviembre de 2006. Roj: STS 6997/2006 - ECLI: ES:TS:2006:6997
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), de 26 de diciembre de 2008, Roj: STS 7535/2008 - ECLI: ES:TS:2008:7535
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), de 30 de enero de 2008, Roj: STS 609/2008 - ECLI: ES:TS:2008:609
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), de 14 de noviembre de 2006. Roj: STS 6997/2006 - ECLI: ES:TS:2006:6997
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), de 10 de mayo de 2005. Roj: STS 2950/2005 - ECLI: ES:TS:2005:2950
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), de 8 de mayo de 2013. Roj: STS 2591/2013 - ECLI: ES:TS:2013:2591
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sala de lo Penal), de 24 de julio de 2014. Roj: SAP M 10311/2014 - ECLI: ES:APM:2014:10311
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), de 19 de julio de 2018. Roj: STS 2949/2018 - ECLI: ES:TS:2018:2949

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), de 20 de enero de 2009. Roj: STS 136/2009 - ECLI: ES:TS:2009:136
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), de 14 de mayo de 2010. Roj: STS 2648/2010 - ECLI: ES:TS:2010:2648
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), de 29 de octubre de 2014. Roj: STS 4466/2014 - ECLI: ES:TS:2014:4466
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sala de lo Penal), de 23 de septiembre de 2014. Roj: SAP B 10677/2014 - ECLI: ES:APB:2014:10677